

L'EFFACEMENT DES FRONTIÈRES ENTRE DROIT NATUREL ET DROIT POSITIF

par

Paul MARTENS

I. Les antinomies et le droit

1. Le droit raffole des oppositions binaires: droit naturel c/droit positif, opportunité c/légalité, droit public c/droit privé ...

Que ces antagonismes théoriques aient vieilli, qu'ils prétendent dessiner des frontières arbitraires que les ambiguïtés de la vie n'ont cessé d'effacer: peu importe. Nous avons besoin d'une taxinomie dualiste, pour ranger nos livres autant que pour classer nos idées et choisir nos amis. Cette manie n'est pas propre aux juristes: nous avons tous plus ou moins pris position un jour pour nous situer du côté de la raison ou de l'émotion, de la gauche ou de la droite, de Dionysos ou d'Apollon, de Bruges ou d'Anderlecht. Ces structurations nous sont indispensables au point qu'elles survivent au-delà de leur pertinence, qu'elles continuent de nous situer dans le domaine des convictions et des appartenances que nous avons généralement clichées au temps où nous étions jeunes. Y renoncer serait renier notre jeunesse, trahir nos inclinations premières, les livres qui nous ont formés, les amitiés qui nous ont construits.

2. Mais revenons au droit et attardons-nous à sa théorie: quiconque se mêle d'en faire est sommé de se situer du côté des jusnaturalistes ou des juspositivistes, ce qui lui permet d'entrer dans l'arène des querelles d'écoles et des guerres de religions. Car les théoriciens répugnent à la tiédeur. Penser le droit c'est nécessairement céder à la polémique. Les professeurs sont des querelleurs: de gagner les cimes académiques ne désarme en rien la controverse.

Les juges n'ont pas ce travers partisan. Ils doivent perpétuellement mêler le vin conceptuel d'une eau réaliste — le réel ne se laisse jamais totalement réduire à des notions. Les professeurs ne sont pas tenus de répondre aux prétentions des gens. Si le réel résiste à leur théorie, c'est qu'il se trompe. Les juges, eux, ne peuvent se permettre d'ignorer ces êtres de chair qui les saisissent. Leur théorie n'est jamais pure: elle est

perpétuellement polluée par les miasmes de la vie vécue. La Cour de cassation elle-même, qui a poussé le plus loin l'utopie académique de l'art de juger, a dû en convenir: elle ne peut ignorer totalement les faits(1) même si la Constitution l'autorise à ignorer ce rappel à l'ordre de la vie que notre jargon nomme le fond.

II. Droit naturel c/ droit positif

3. Droit positif et droit naturel ont pu se regarder longtemps comme les chiens de faïence de la théorie du droit. Pour les détracteurs du premier, „l'irréalisme positiviste consiste à faire comme s'il suffisait de l'intervention du législateur pour que disparaisse l'arbitraire”(2). Pour les critiques du second, „si l'on pouvait connaître l'ordre absolument juste dont l'existence est affirmée par la doctrine du droit naturel,” la création du droit positif „équivaldrait à la tentative absurde d'éclairer artificiellement l'éclat d'un soleil radieux”(3).

4. Cette apparente antinomie entre les deux conceptions du droit était cependant fragile: il suffisait que le positiviste se demande, fût-ce par inadvertance, si la norme supérieure était conforme aux valeurs fondamentales, qu'il renonce donc à „l'abnégation” qui lui fait présumer cette norme valide, pour que la théorie du droit naturel fasse irruption dans celle du droit positif ou, en d'autres termes, pour qu'elle permette „une immixtion de la métaphysique dans le domaine de l'expérience”(4). Inversement, il suffit que le droit naturel accepte lui-même de se définir comme „hypothético-relatif” pour que s'accomplisse un „effacement de la frontière entre les deux systèmes de normes”(5).

5. Cet effacement est peut-être le bouleversement juridique le plus considérable du XXème siècle, celui qui a rendu créatrice la fonction judiciaire, tenue jusque-là pour servile. Dès lors que les grandes valeurs philosophiques, politiques et morales sont inscrites dans les normes surplombantes des traités et des constitutions et, surtout, depuis que des juges sont autorisés à censurer les législateurs infidèles à ces normes d'élite, au point qu'on peut parler d'un „droit naturel

(1) F. DUMON, „L'Etat de droit”, *J.T.* 1979, 477-481.

(2) C. ATIAS, „Philosophie du droit”, *P.U.F.* 1999, 36.

(3) H. KELSEN, „Théorie générale du droit et de l'Etat”, *L.G.D.J.* 1997, 64.

(4) *Ib.*, 443.

(5) *Ib.*

positif”(6), la querelle des juspositivistes et des jusnaturalistes reste, en théorie, stimulante mais devient, en pratique, futile.

III. Les origines de l’effacement des deux pensées juridiques

6. Cette mutation n’est née ni d’un putsch prémédité des juges ni d’une capitulation honteuse des législateurs.

Elle provient, techniquement, de l’internationalisation du droit et, en Belgique, de sa fédéralisation: si le législateur, qui incarnait la parole unique et symbolique du père, devient plural, il faut bien qu’un autre pouvoir soit chargé, par lui, de mettre de l’ordre dans ses productions disparates.

Elle procède, juridiquement, de ce que les valeurs elles-mêmes sont inscrites dans les textes fondamentaux, sans que les législateurs en précisent les contours. Quand, d’aventure, ils le font, ils habilent les juges à corriger les lois: voilà pourquoi tant les libertés économiques que les libertés philosophiques, les droits à la vie privée, à la vie familiale, à la dignité humaine, toutes ces valeurs qui jusque-là inspiraient moralement les conduites et les lois, sans que les juges pussent en garantir le respect, sont devenues des normes juridictionnellement contraignantes.

Enfin, cette mutation procède, politiquement, de ce que les barbaries du siècle révolu ont prospéré à l’abri des lois et avec la complicité des juges qui avaient confondu les enseignements de la science du droit avec les règles de l’art de juger. Il fallait donc qu’une nouvelle utopie réveillât leur conscience.

IV. L’indifférence des normes et la docilité des juges

7. Quand les juges, sous Vichy, ont admis que le Juif apparent qui ne s’était pas déclaré juif pouvait être pénalement condamné s’il ne faisait pas lui-même la preuve de sa non-judéité, ils ont pu, très positivement, déduire de la loi qu’elle dérogeait implicitement aux règles de la preuve en matière pénale, sans se demander si cette dérogation ne heurtait pas un droit fondamental(7).

(6) P. FORIERS, „Le juriste et le droit naturel”, *Rev. ann. philos.* 1963, 335-352.

(7) Cass. crim. fr. 14.1.1943, *D.* 1943, C., 33.

Quand des juges ont estimé que, malgré le silence de la loi, le commissaire général aux questions juives était compétent pour faire désigner un administrateur provisoire même dans les entreprises dont les activités n'étaient pas interdites aux Juifs, ils ont affirmé que cette interprétation était conforme au but de la loi positive qui était „d'éliminer toute influence juive de l'économie nationale”(8).

Et pourquoi n'auraient-ils pas pu interpréter largement les dispositions qui interdisaient d'utiliser des employés juifs dans une entreprise concédée par une collectivité publique, l'appliquant même au manutentionnaire d'une société de pompes funèbres, dès lors qu'ils le faisaient „à raison de l'intérêt général qui s'attache aux services (que cette entreprise est) chargée d'assumer ...”(9)? Et, de même, ils pouvaient considérer, par une interprétation positivement souveraine, que l'interdiction faite aux Juifs d'être membres d'un tribunal devait s'appliquer à un commis-greffier(10).

Et comment critiquer positivement les juges allemands, qui ne se sont pas offusqués qu'une loi justifîât par l'état de nécessité l'élimination des S.A. par les S.S. lors de la „Nuit des longs couteaux” du 30 juin 1934 et qui ont tout aussi docilement admis qu'une ordonnance régulièrement adoptée privât de toute indemnisation les victimes de la „Nuit de cristal” au cours de laquelle 200 synagogues et 7.500 entreprises juives avaient été mises à sac(11)?

8. Elle était commode à exercer, la fonction de juger, du temps où elle consistait à s'assurer de la qualité du contenant des lois sans se mêler d'inspecter leur contenu. Il était reposant de servir un signifiant régulièrement constitué sans s'interroger sur les vices éventuels du signifié. Et il fallut qu'après la guerre les juristes se livrent aux contorsions des incriminations rétroactives et des crimes imprescriptibles pour tenter de réparer, plus symboliquement qu'efficacement, les méfaits de leur indifférence.

V. Le droit après Auschwitz

9. La question qu'avaient posée Hans Jonas, au sujet de Dieu, Hannah Arendt, au sujet de la philosophie, Adorno, au sujet de la poésie,

(8) C.E. Fr. 12.11.1943, *D.* 1943, J., p. 51.

(9) Cass. soc. 24.2.1944, *D.* 1944, J., p. 49.

(10) C.E. Fr. 29.5.1942, *D.* 1942, J., p. 5.

(11) Voir F. RIGAUX, „La loi des juges”, *Odile JACOB*, 1997, pp. 103 et 107.

pouvait se poser tout autant pour notre discipline: „Y a-t-il encore un droit après Auschwitz?”.

Tout le droit des droits de l’homme, des libertés fondamentales, des contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité exprime la tentative de répondre à cette question. Auschwitz avait commencé par des obligations anodines d’inscription et de marquage, pour dégénérer ensuite en entreprises d’enfermement, puis d’expatriation, puis d’extermination. Aucun juge ne pouvait vérifier, à l’époque, à partir de quand ces mesures dégénéraient en génocide: elles l’ont fait légalement. Leurs mises à exécution n’étaient que des „crimes de bureau”. Positivisme et bureaucratie nous avaient conduits, légalement, vers „le meilleur des mondes”.

10. Ces douloureuses constatations devaient redonner vigueur aux questions qui précèdent le droit: n’y a-t-il pas un „étalon du juste qui est indépendant du droit positif et qui lui est supérieur: un étalon grâce auquel nous sommes capables de juger le droit positif”(12)? L’interdit prononcé par le juspositivisme contre les jugements de valeur aurait-il cette conséquence qu’il nous serait permis de faire une description „purement ponctuelle” des actes accomplis dans les camps de concentration „mais qu’il nous serait défendu de prononcer le mot de cruauté”(13)?

11. Un des paradoxes de notre époque c’est qu’aucune autre n’a poussé aussi loin la culture de la pensée pure et, simultanément, le retour à la barbarie. Il faudrait „prendre par l’oreille le théologien, l’hégélien, le nietzschéen, les amener à Kolyma, à Auschwitz, dans un hôpital psychiatrique russe, dans les chambres de torture de la police argentine, et exiger qu’ils expliquent séance tenante et sans subterfuge le sens des expressions „tout pouvoir vient de Dieu”, „tout ce qui est réel est rationnel”, „innocence du devenir ou l’âme égale en présence des choses”(14).

Le même philosophe ajoute:

„Et il est pareillement frappant de voir que c’est en plein XXème siècle, siècle qui plus que tout autre a monstrueusement démontré, et continue de le faire, la possibilité de dissocier le rationnel technico-scientifique et le raisonnable politique, et après les expériences du

(12) L. STRAUSS, *Droit naturel et histoire*, Champs, Flammarion, 1986, 14.

(13) *Ib.*, 59.

(14) C. CASTORIADIS, *Le monde morcelé*, Seuil, 1990, 108.

stalinisme et du nazisme, que l'on recommence à siffler, pour se donner du courage dans le noir, l'air de l'universalité rationnelle”(15).

VI. Hypertrophie du droit et montée du juge

12. Libéré de sa gaine positiviste qui le tenait à l'écart des sciences humaines et lui interdisait d'y puiser son inspiration, le droit voit se rompre aujourd'hui les limites de son domaine.

Il est amené à trancher des conflits qui relevaient, hier, de la religion, de l'éthique, de la politique ou de l'histoire. C'est le juge qui est désormais le gardien du bien, du juste et de la mémoire, non qu'il se soit institué arbitre des valeurs mais parce que ceux qui exerçaient cette compétence l'ont déclinée. Un domaine reste interdit à son contrôle — c'est le seul, non le moindre: celui de la puissance économique et financière.

13. Sans doute n'avait-on pas pensé aux hypertrophies processuelles d'aujourd'hui lorsqu'on a consacré le droit de chacun à un procès équitable. Mais dès lors que, concomitamment, on sacralisait l'individu au détriment des pouvoirs, la conjugaison de l'ouverture des prétoires et de l'émancipation des sujets devait aboutir à ce panjuridisme de la vie sociale.

14. Où était encore la frontière entre le droit naturel et le droit positif dans ce climat de „juridicisation” des valeurs et de „judiciarisation” des controverses? On demandait au juge, non l'application de la loi, mais l'accomplissement du droit, au besoin contre la loi écrite, l'exhortant à puiser dans les trésors de la métaphysique pour en retirer des instruments juridiques inédits. Et l'on vit ainsi accéder à la vie normative des valeurs évasives, comme la vie privée, l'épanouissement personnel ou la dignité humaine, qu'on avait crues à jamais inustensiles au juriste et que nos constituants s'empressèrent d'inscrire au fronton de nos constitutions sans qu'on sache si elles y sont à des fins normatives ou décoratives.

15. L'opinion publique, qui avait appelé à cette métamorphose, n'est pas satisfaite de ses résultats: la justice ne cesse de reculer dans les classements révélés par les sondages. Mais elle ne réclame pas pour

(15) *Ib.*, 63.

autant un retour en puissance des autres pouvoirs. Elle continue de croire en la justice qu'elle reproche à ses juges de mal rendre.

VII. Les limites de la démocratie juridictionnelle

16. Ainsi croyait-on s'acheminer vers une démocratie procédurale et internormative: le litige juridictionnel devenait le lieu d'effectuation des valeurs en conflit. La validité de la norme ne se mesurait plus selon l'autorité qui en définissait le contenu mais s'appréciait au terme d'un échange argumenté respectant les règles de procédure: les sujets n'avaient d'autres droits que ceux qu'ils se concédaient mutuellement(16). Pour mener ce débat, chacun devait se placer dans une position originelle d'égalité, dissimulant sa situation, ses convictions et ses appartenances sous un voile d'ignorance qui permettait à la négociation équitable de faire advenir le système le plus juste parce qu'il permettait à chacun de faire le choix éthique qui lui plaît(17). Le prétoire était l'endroit rêvé de cet espace public: il était fatal qu'il devînt le lieu d'un débat, faussé, dans les assemblées, par le poids des majorités, des technocrates et des lobbies.

Le nouveau droit naturel, à base d'égalité, de dignité et de proportion régnait sur la pratique, mais il le faisait sous l'œil des nostalgiques de la transcendance et sous le regard narquois des philosophes du soupçon.

17. Celui-là même qui avait le mieux décrit le désenchantement du monde dans un livre majeur, qui nous avait appris combien il est exténuant de faire l'expérience autonome de la confection des normes, mais sans jamais exprimer le regret des temps théocratiques, ce philosophe fulgurant nous invite aujourd'hui à porter sur les droits de l'homme le même soupçon qui avait miné naguère le règne de Dieu. Voilà qu'il dénonce l'élévation des droits de l'homme à la „centralité idéologique”, parce qu'elle emporte „la disqualification muette et la liquidation de l'ensemble des facteurs structurants qui continuaient de figurer une transcendance des collectifs par rapport aux individus”. Il accuse la montée du „principe d'individualité” d'avoir dissous „ce qui le subordonnait malgré tout à plus haut que lui”. Il s'inquiète de voir prospérer des sociétés „qui ont intégré la

(16) J. HABERMAS, *Droit et démocratie*, Gallimard, 1997, 104.

(17) J. RAWLS, *Théorie de la justice*, Seuil, Essais, Ed. 1997, 38 à 40.

critique d'elles-mêmes comme moyen de leur auto-constitution" et il déplore la „privatisation intégrale des existences”(18).

Ce discours imprécateur est splendide. Mais comme beaucoup d'imprécations, la joie de le lire ne va pas au-delà du plaisir vandale d'abîmer les idées parvenues.

L'ennui, avec ces railleries du „droits-de-l'hommeisme", c'est qu'elles reposent sur la nostalgie des valeurs de la Nation, de la Classe, de l'Etat ou de l'Avenir commun(19). On n'est pas loin de la dénonciation de „l'anarchie mentale, dite humanisme”(20). Et comme ces valeurs ne sont pas près de revenir, le travail de dénigrement qui les regrette ne peut se faire qu'au profit des régulations capricieuses du marché, seul système actuellement opérationnel d'administration du monde.

18. Ces critiques relèvent elles-mêmes de cette aptitude à la dévalorisation du monde qu'ont développée les disciplines majeures de l'époque, de la psychanalyse à la sociologie. Elles ne comportent aucune utopie reconstructive et on peut les mettre sur le compte de cette vertu d'autodénigrement qui est l'invention la plus exploitée de l'Occident bavard, capable de nourrir également les déclamations pamphlétaires des beaux esprits et le discours délicieusement terrifiant des mondains.

19. Peut-on, à nouveau, opposer le travail des juges et celui des professeurs pour dire que, si on retire aux premiers l'arme des droits fondamentaux, fussent-ils parfois au service de l'égoïsme des sujets, encore faudrait-il leur donner un autre instrument de contestation des puissances et des pouvoirs, toujours prêts à reprendre ce que le droit les a contraints à concéder?

Quoi qu'il en soit, la contestation des droits de l'homme au nom de valeurs moins dissolvantes restait dans le domaine de la réflexion spéculative ou de l'insolence parisienne.

Mais cette contestation doctrinale pouvait être mise dans la catégorie des anti-corps que secrète tout organisme pour affirmer que sa santé est capable d'y résister. Et pourtant ...

(18) M. GAUCHET, „Quand les droits de l'homme deviennent une politique”, *Le Débat*, n° 110, mai-août 2000.

(19) M. GAUCHET, *op cit.*, 265.

(20) M. BARRES, „L'appel au soldat”, NELSON, 1900, 43.

VIII. Faut-il réenchanter le monde?

20. Et pourtant voici qu'apparaissent des enjeux nouveaux, qui ne pourront, semble-t-il, être traités sans affronter des positions dogmatiques renouvelées. Face à l'amplification des questions éthiques, il n'est pas sûr que le droit puisse réutiliser la capacité de compromis qu'il a pu employer pour régler, hier, le problème de l'avortement, demain celui de l'euthanasie.

L'homosexualité a pu être dépénalisée sans déchirement et il semble que le mariage homosexuel entrera dans notre droit, sous une forme ou sous une autre.

Mais tout autre est la question de l'homoparentalité. Et c'est ici que l'égalitarisme retrouve sur son chemin le dogmatisme.

L'adoption par des couples homosexuels pourra-t-elle entrer dans le droit positif au nom du refus des discriminations qui est le corollaire obligé du principe d'égalité?

21. Ce ne sont ni la religion ni la morale qui sont appelées à la rescousse par les opposants au changement. C'est l'anthropologie et la psychanalyse qui sont convoquées pour fournir les vérités dogmatiques nouvelles.

Ce sont des anthropologues qui nous affirment avoir mis à jour „des invariants propres à l'esprit humain, capables de restituer une grammaire universelle”(21). La différence des sexes dans l'éducation des enfants serait, non une question politique que le droit peut trancher mais „une question préjuridique et présociale à laquelle le législateur devrait se soumettre”, sous peine de détruire les „fondements anthropologiques de la culture occidentale”(22).

Quant à la psychanalyse, certains de ses représentants affirment avoir découvert l'existence d'un ordre symbolique que le droit doit protéger contre l'„ubris” démocratique(23).

22. L'auteur qui a le plus appliqué la méthode psychanalytique à l'étude du droit, celui dont une lecture, peut-être inattentive, avait fait croire qu'il nous aidait à débusquer les résidus de dogmatisme derrière

(21) E. ZUCKER-ROUVILLOIS, parlant de Françoise Héritier, anthropologue, in „Au-delà du PACS. L'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité”, P.U.F. 1999, 123.

(22) D. BORILLO, citant les opinions émises par Irène Thery et Jean Hauser, *op. cit.*, 177.

(23) E. FASSIN, analysant les propos d'Irène Thery, *op. cit.*, 97.

les rouages administratifs(24), ce même auteur se fait, en matière de filiation, le héraut de l'ordre symbolique et de la nature mythique du droit car „l'institution suppose le mythe et il n'est pas de mythe qui ne se rapporte en définitive à l'enjeu parental(25)”. Chaque système institutionnel organise, selon lui, son mythe fondateur, c'est-à-dire qu'il „bâtit la carcasse de son habitat institutionnel”(26).

Il s'en prend aux „enjeux du désir (qui) débordent de toutes parts le concept biologique de reproduction”(27), nous exhorte à „mettre en place les procédures institutionnelles de l'identité”(28). Il nous met en garde contre un recul des limites qui produirait „la chute du principe de différenciation” et „(mettrait) en péril le principe d'altérité”(29).

Retrouvant les accents du droit naturel, il cherche à „faire produire des effets à quelque chose qui serait d'avant le droit, d'avant toute approbation par le droit déjà écrit ou d'avant les actes de volonté prévus par le droit ...”(30) et, brocardant en bloc toutes les demandes de changement dans le domaine de la filiation, il écrit: „A la longue, personne ne sait plus très clairement distinguer si ce qu'il demande, il le demande, ou s'il ne fait en somme que répondre à une sollicitation du pouvoir qui lui demande de demander”(31).

Pour dissiper ce mystère propre à la pensée lacanienne, qui se retrouve dans tous ses ouvrages, il mettra les points sur les i dans une interview réalisée en décembre 1998, déclarant que l'Etat doit „garantir les repères de la raison, c'est-à-dire assurer l'égalité de l'un et l'autre sexe, dans la reproduction, sauvegarder les images de l'homme et de la femme, et en faire des images fondatrices du père et de la mère par le relais du droit”. Et il conclut qu'investir dans le PACS, „c'est investir dans la violence de demain, la violence qui est toujours le lot de la perte des repères”(32).

23. Mais d'autres anthropologues, tout aussi qualifiés, et d'autres psychanalystes, tout aussi lacaniens, tiennent un discours radicalement

(24) P. LEGENDRE, spécialement dans „L'amour du censeur. Essai sur l'ordre dogmatique”, Seuil, 1974, et „Jouir du pouvoir. Traité de la bureaucratie patriote”, Ed. Minuit, 1976.

(25) P. LEGENDRE, „L'ineestimable objet de la transmission. Etude sur le principe généalogique en Occident”, Fayard, 1988, 136.

(26) *Ib.*, 121.

(27) *Ib.*, 358.

(28) *Ib.*, 88.

(29) *Ib.*, 374.

(30) *Ib.*, 366.

(31) *Ib.*, 357.

(32) Cité par E. ZUCKER-ROUVILLOIS, *op. cit.*, 126.

opposé. Pour eux, on peut penser la différence des sexes, dans la fonction parentale, „historiquement et non pas comme un invariant anthropologique”, la concevoir comme étant „moins un legs de la nature que la sédimentation de l’histoire”(33). Par conséquent rien n’empêche de pousser jusqu’au bout „la démocratisation de la vie personnelle”, de faire entrer toute la question de la parenté dans le champ de la délibération politique(34). A la conception essentialiste de la filiation, ils opposent une conception existentielle de la parentalité.

24. S’élevant contre ce „démocratism”, les tenants du symbolisme répliquent qu’on ouvre la porte à la pédophilie, la drogue, la violence(35), qu’on sombre dans la folie de l’indifférenciation dont l’inceste constitue le paroxysme(36). On a tenu des propos d’une même verve apocalyptique quand on a aboli l’esclavage, créé la sécurité sociale, quand on a donné le droit de vote aux femmes et quand on leur a permis de conduire une auto. A ce „catastrophisme”, les „démocrates” répondent, pragmatiquement, que ce dont l’enfant a besoin, c’est „de deux adultes qui ont pu accomplir le travail psychique de la parentalité”(37), les résultats des enquêtes ne faisant pas apparaître de pathologie particulière pour les enfants élevés dans les familles homoparentales(38), le seul handicap qu’elles révèlent étant celui de devoir affronter les moqueries d’une société restée homophobe. Mais on peut difficilement fonder le refus d’une liberté sur le constat d’une intolérance. Sans doute la phobie publique est-elle un puissant moteur de gouvernement. Ainsi, est-il à la mode de refuser des droits aux étrangers pour ne pas faire de la peine aux xénophobes. Mais cet argument électoral peut difficilement se transformer en justification juridique.

IX. La réactivation des symboles

25. Comment qualifier cet affrontement entre deux conceptions de la „parentalité”? Le recours à l’anthropologie pourrait faire croire à un

(33) E. FASSIN et M. FEHER, *op. cit.*, 35 et 36.

(34) J. COMMAILLE et Cl. MARTIN, *op. cit.*, 64.

(35) Cité par D. BORILLO, *op. cit.*, 168.

(36) L. ASSIER-ANDRIEU, „Les politiques de la vérité familiale: le droit entre la science et le marché”, *Droit et Societe*, n° 46-2000, 650.

(37) G. DELAISI DE PARSEVAL, *op. cit.*, 238.

(38) *Ib.*, 232.

néo-scientisme qui prétendrait y chercher ce que d'autres ont cru trouver jadis dans la biologie. Mais la vérité qu'elle procure est incertaine. Interrogé à ce sujet, le maître de la discipline a fourni la réponse suivante, admirable de sagesse et de modestie:

„L'éventail des cultures humaines est si large, si varié (et d'une manipulation si aisée) qu'on y trouve sans peine des arguments à l'appui de n'importe quelle thèse.

Parmi les solutions concevables aux problèmes de la vie en société, l'ethnologue a pour rôle de répertorier et décrire celles qui, dans des conditions déterminées, se sont révélées viables.

Cette familiarité acquise avec les usages les plus divers lui enseigne — au mieux — une certaine sagesse qui peut n'être pas inutile à ses contemporains; sans oublier toutefois que les choix de société n'appartiennent pas au savant en tant que tel, mais — et lui-même en est un — au citoyen”(39).

26. Quant à l'analyste de l'ordre dogmatique, il termine son ouvrage par une considération identique, exhortant juristes et psychanalystes à „éviter de précipiter la Science vers une place normative qui n'est pas la sienne et que par elle-même elle ne convoite pas”(40).

27. Si l'ordre symbolique refuse de trouver sa cause dans la religion, s'il prend l'anthropologie et la psychanalyse pour appui mais non pour fondement, s'il se réclame finalement de la nature, voire de l'évidence(41), comment pourra-t-il convaincre ceux qui ne le „ressentent” pas? Comment va-t-il imposer son impératif catégorique dans l'échange „rawlsien” qui n'admet que les impératifs hypothétiques? Ne va-t-il pas apparaître comme une de ces croyances qu'il faut renoncer à imposer dogmatiquement, sous peine de ruiner le système du „voile d'ignorance”?

28. Il n'est pas facile, au XXIème siècle, d'inviter à quitter la raison du logos pour en revenir au merveilleux du mythe alors que les hommes ont cru avoir fait définitivement le trajet inverse aux environs du Vème siècle avant Jésus-Christ.

(39) Claude LEVI-STRAUSS, dans une lettre à Eric Fassin, *op. cit.*, 110.

(40) Pierre LEGENDRE, *op. cit.*, 375.

(41) S. AGACINSKI, *Politique des Sexes*, Seuil, 1998, 107.

X. Un droit fondamental a l'orientation sexuelle

29. En revanche, si on admet qu'aucune vérité dogmatique ne peut entraver l'égalité démocratique, le droit public peut offrir ses catégories égalitaires et résoudre simplement le problème, réduit à une question d'algèbre juridique. Si le droit à l'orientation sexuelle était tenu pour une liberté fondamentale(42), si la sexualité était transférée de la sphère publique à la sphère privée(43), si donc le droit de choisir sa sexualité pouvait s'abriter derrière une liberté inscrite dans la Constitution, toute législation qui, en quelque matière, maintiendrait une différence de traitement fondée sur ce choix serait discriminatoire, donc inconstitutionnelle. Ainsi le droit mettrait fin à une discrimination qui ne serait pas plus justifiable que celles qui ont permis le colonialisme, le racisme et l'incapacité de la femme(44).

Epilogue

30. Voilà donc qu'après des siècles de désenchantement, de rationalité, de laïcisation et de cheminement démocratique, une des questions les plus sensibles du droit et de la politique se révèle indécidable parce qu'elle met aux prises deux transcendances inconciliables: la norme égalitaire, l'ordre symbolique.

Ainsi se livre le combat le plus paradoxal de l'après modernité. Il est différent de ceux auxquels il succède.

Car une fois périmées ses références bibliques et démasqués ses enjeux de pouvoir, la lutte pour l'égalité de la femme et de l'homme a subi la loi de la démocratie. Ne lui restait qu'à vaincre les archaïsmes de la tradition, ce qu'elle a fait, à tout le moins dans les textes — effacer, dans les pratiques, les résidus du pouvoir masculin est une autre affaire.

Soutenue par la revendication du désir, combattue par la malédiction du plaisir, la lutte pour la contraception et l'avortement vit l'emporter la première, bien que ses adversaires invoquaient une notion de la vie humaine qui, elle aussi, s'appuyait sur des données scientifiques et anthropologiques.

(42) F. RIGAUX, *Plaisir, interdits et pouvoir*, Kluwer, 2000, 12.

(43) *Ib.*, 182.

(44) Le sous-titre du livre de F. Rigaux est: „Une analyse des discriminations fondées sur le sexe, l'orientation sexuelle et la race”.

Mais ici, dès lors que le désir homosexuel est dépenalisé; que le couple homosexuel peut se structurer autour du contrat de cohabitation (article 1477 c.c.); que l'adoption par un seul adoptant (article 345 c.c.) n'interdit pas à celui-ci d'avoir, en fait, à ses côtés, un co-adoptant officieux, de même sexe, qu'il s'agit donc, peut-être, de consacrer un „droit à l'enfant” qui peut passer pour un dévoiement narcissique, mais qu'il s'agit aussi de donner à l'enfant la protection statutaire, alimentaire et patrimoniale de la loi, le conflit se situe entièrement dans le champ symbolique puisqu'il n'y est question ni d'abattre un pouvoir, ni d'attenter à une vie, ni de libérer un désir.

L'enjeu est donc de savoir si la modernité démocratique peut abolir en totalité les structures anthropologiques et les repères du passé — le mot de dogme étant suspect, on préfère parler de repère. Aucune de ces données structurelles n'est consacrée dans nos droits fondamentaux ou, quand elles s'y trouvent, c'est avec un contenu qu'il reste à définir: c'est notamment le cas pour la vie familiale dont le respect est garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Or tout le monde, à gauche comme à droite, tient aujourd'hui la famille pour une valeur essentielle, alors qu'hier, elle semblait défendue par les seuls conservateurs, la „famille” ayant pour la droite la même puissance emblématique que le „peuple” pour la gauche(45). Mais c'est sur le contenu de la notion que s'affrontent deux camps qui ne recouvrent pas les anciens clivages politiques(46).

31. En demandant au droit de trancher la controverse, on l'invite à intégrer une nouvelle antinomie dans ses catégories: c'est la limite entre la nature et la culture qu'il est appelé à reculer, c'est la frontière entre le disponible et l'indisponible qu'il doit redessiner. Et il se trouve écartelé entre ceux qui „naturalisent” les fondements de l'ordre social pour les rendre indisponibles et ceux qui les „culturalisent” pour les livrer au jeu des conventions(47). La lutte n'est pas purement idéologique: il y a, ultime surplomb des temps désenchantés, le marché qui s'accommoderait d'une „mercantilisation de l'humain”(48) et il y a l'Etat, conscient de ce que la multiplication des

(45) J. COMMAILLE et C. MARTIN, „Les enjeux politiques de la famille”.

(46) Voir: „Ne laissons pas la critique du PACS à la droite”, article collectif, *Le Monde* du 27.1.1999.

(47) L. ASSIER-ANDRIEU, *op. cit.*, 629.

(48) *Ibidem*, 653.

familles monoparentales les pousse souvent dans une pauvreté que la sécurité sociale doit corriger(49), qui est tenté d'encourager une revalorisation idéologique de la famille qui pourrait faire baisser les charges publiques(50). Ces deux puissants alliés vont-ils aider à faire basculer la famille dans l'espace disponible de la sphère privée, dans l'affrontement des droits de créance(51), dans la liberté des conventions? Curieux parcours que celui des deux piliers du droit civil: alors que le droit des obligations s'est laissé altérer par le dirigisme des lois impératives et le moralisme de l'abus de droit, le droit des personnes, qui s'était mis d'emblée sous la bannière d'un ordre public puisant ses fondements dans le mythe, la religion et la morale, se laisse édulcorer par la liberté contractuelle. Et on demande au droit d'écouter les messages contradictoires de la doxa généticienne, de la pensée mythique, de l'égalité démocratique et de la banalisation gestionnaire, un droit qui, colonisé par ces puissances métajuridiques, serait réduit „à la condition peu enviable d'un appareil structurellement attentiste et chroniquement retardataire”(52).

32. Le juriste qui a forgé ses outils intellectuels à la fin du II^{ème} millénaire ne se sent pas armé pour arbitrer un tel affrontement. Il voit la société occidentale parvenue au point le plus avancé de sa déconstruction et il s'y sent singulièrement amoindri. N'a-t-il désormais d'autre fonction que d'enregistrer les derniers soubresauts de la carcasse symbolique ou les ultimes assauts de l'artillerie démocratique? Lui reste-t-il, pour unique emploi, d'être le greffier des épanchements statistiques de l'opinion publique? Doit-il admettre que le droit n'a plus d'autre nature que d'être positif?

C'est aux jeunes juristes, à ceux du III^{ème} millénaire qu'il appartiendra d'inventer des nouvelles catégories de l'entendement juridique, propres à remettre un peu de couleur dans la grisaille d'un monde réduit au mécanisme d'un marché.

Vaccinés contre les idéologies simplistes, familiers des valeurs relatives, méfiants envers les puissances matérielles, ils n'ont plus ces raideurs intellectuelles qui nous faisaient croire que penser c'est nécessairement exclure. Ils sont peut-être mieux que nous capables

(49) J. COMMAILLE, „L'esprit sociologique des lois”, *P.U.F.* 1994, 134.

(50) L. ASSIER-ANDRIEU, *op. cit.*, 644.

(51) I. DE BENALCAZAR, „Une nouvelle filiation: l'„homoparentalité””, *Gazette du palais* 10-12/12/2000, 26.

(52) L. ASSIER-ANDRIEU, *ibidem*, 625.

d'inventer des fraternités au-delà des idées. Sachant ce que les fanatismes ont produit, instruits de ce que l'indifférence peut détruire, il leur faudra regarder plus bas que ceux qui vont chercher la vérité dans les nuages et plus haut que ceux qui la trouvent dans les sondages.